Geschichte und rechtliche Natur des Herausgabeanspruchs des § 1632 B.G.B., mit besonderer Berücksichtigung der Widerrechtlichkeit.

Auszug
aus der
Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der hohen juristischen Fakultät der Philipps-Universität Marburg
vorgelegt von

Günther Schirdewahn
Referendar aus Berlin-Lankwitz

Referent: Geh. Justizrat Prof. Dr. Leonhard.

Der Herausgabeanspruch des § 1632 wird vielfach dem Eigentumsanspruch des § 985 gleich oder nahe verwandt erachtet. Zu Unrecht, da die heutige Gestaltung des familienrechtlichen Herausgabeanspruchs, besonders mit Rücksicht auf das Merkmal der Widerrechtlichkeit, von der des sachenrechtlichen sehr abweicht. Die rechtliche Natur des Anspruchs aus § 1632 zeigt ein Vergleich mit § 985; sie beruht auf der geschichtlichen Entwicklung und der Gestaltung der Anspruchsvoraussetzungen.

I. Teil.

A) I. Im römischen Recht ist Grundlage des Herausgabeanspruchs die patria potestas; diese im altrömischen Recht fast unumschränkt; eigentumsähnlich, aber nicht eigentumsgleich (gegen Göschen). Daher zwar vindicatio, aber nicht rei vindicatio; letztere auf liberae personae nicht anwendbar.

II. Im spätrömischen Recht Abschwächung der patria potestas. vindicatio zunächst als vindicatio adjecta causa. Seit Einführung der Interdikte streitig, ob noch anwendbar. Gegen h. M. verneinend Demelius. Für ihn spricht Grundsatz der Ersatzgeldleistung, Möglichkeit anderer Rechtsmittel, und daß

Anwendung erkennbar nur als Schein=vindicatio für Adoptions=zwecke. Zweifellos im Laufe der Zeit durch Interdikte abgelöst. i. de lib. exh. und i. de lib. duc. Beide haben zur Voraussetzung: Gewaltsbefugnis, Widerstand hiergegen; im übrigen ungleich. i. de lib. duc. nur bei unmittelbarem Widerstand gegen ductio; i. de lib. exh. bei Widerstand überhaupt, insbesondere Verbergung. Ziel des i. de lib. duc.: endgültige Beseitigung des Widerstandes; Ziel des i. de lib. exh.: Persönlichkeitsfeststellung, Verschaffung der räumlichen Möglichkeit der Fortführung. Bei weiterem Widerspruch (neuer Grund) i. de lib. exh. vorbereitend für i. de lib. duc. A. M. irrig Brinz. Demelius nimmt an, daß i. de lib. duc. nur gilt, wenn Beklagter als defensor des Kindes auftritt; hiergegen Gesetzeswortlaut („vis" kann auch in Behauptung eigner potestas wurzeln); so auch h. M.

B) I. Im deutschen Recht Grundlage das Muntverhältnis, beruhend auf der Schutzbedürftigkeit des Kindes. Ausbildung der Pflicht des Gewalthabers neben dem Recht. Entwicklung auch eines mütterlichen Erziehungsrechts. Infolge Rezeption zunächst Eindringen und Ueberwiegen der römisch=rechtlichen Gedanken; doch starker Einfluß deutscher Rechtsgedanken im gemeinen Recht.

II. Vindikationsanspruch nicht mehr gegeben, da ältere römische Grundsätze über patria potestas nicht übernommen; anders Reichsgericht. Interdikte zusammengefaßt als i. de lib. exh. et duc. „Herausgabe"=Anspruch nicht als übergebende Auslieferung entsprechend Vindikation (so Reichsgericht), sondern als „Gestattung der Wegführung" entsprechend Interdikten.

III. Rechtliche Natur der Ansprüche von Eigentums= und Besitzansprüchen zu trennen. Interdikte nicht possessorische Rechtsmittel. Besitz am Kinde nicht möglich, auch nicht Quasibesitz. Eigentum und Besitz frei verfügbar; Ansprüche aus Familienrechten müssen mit Wohlfahrt des Kindes verträglich sein.

II. Teil.

A) Anspruchsvoraussetzungen des § 1632 sind

I. Sorgerecht für die Person des Kindes. Beruht im allgemeinen auf der elterlichen Gewalt. Diese steht der Mutter abgeschwächt neben dem Vater zu. Deutschrechtlicher Grundsatz der Berücksichtigung des Schutzbedürfnisses des Kindes kommt in Eingriffsmöglichkeit des Vormundschaftsgerichts (§§ 1666, 1635) zum Ausdruck. Sorgerecht daher nicht immer mit elterlicher Gewalt verbunden. Herausgabeanspruch steht auch dem zu, dem auf Grund §§ 1635, 1666 BGB., § 627 ZPO. Sorge=

recht anvertraut. § 1635 ist aber (entgegen Goldmann) während bestehender Ehe nicht anwendbar, da Strafvorschrift, die Entscheidung der Schuldfrage voraussetzt; nur Möglichkeit vormundschaftsgerichtlichen Eingriffs aus § 1666.

II. Vorenthaltung des Kindes. Umfang des Begriffs noch streitig. Außer tatsächlicher Verfügungsgewalt des Beklagten über das Kind muß eine gegen die Ausübung des Sorgerechts (Umfang aus § 1631 ersichtlich) gerichtete Tätigkeit des Beklagten vorliegen. Vorenthaltung bedeutet hiernach tätlichen Widerstand gegen die dem Berechtigten aus § 1631 zustehenden Rechte. Daher genügt bloß wörtliches Bestreiten des Sorgerechts nicht (so v. Blume gegen h. M.); hier Feststellungsklage. Bei selbständiger Rückkehrweigerung des Kindes keine Pflicht, diesem Kost und Wohnung zu entziehen. Doch Verpflichtung, der Ausübung des Sorgerechts entgegenstehende, selbst hervorgerufene Hindernisse zu beseitigen.

III. Widerrechtlichkeit.

a) Die Eigenschaft der WR. als Bestandteil des Klagegrundes wird von der h. M. nicht anerkannt (so bes. Opet). Frage wichtig für Beweislast.

b) Entscheidung muß auf breiterer Grundlage erfolgen, zumal sich im Schrifttum der Streit hauptsächlich um die §§ 123, 823 I BGB. dreht; hier gleiche Fragestellung.

1. Untersuchung nicht über „Begriff" der WR. Aufstellung eines allgemeingültigen Maßstabes zur Prüfung der Frage, ob im Einzelfalle WR. vorliegt, unmöglich, da Streit auf die ungeklärte Frage zurückführt: Was ist Recht? Begriffsbestimmung nicht im Gesetz, da es selbst erst die Normen darüber aufstellt, was Recht sein soll. Doch WR. im § 1632 gleich objektive WR., da BGB. Begriff der WR. durchweg objektiv gebraucht (Weyl). So jetzt auch h. M. Früher bestritten für § 227 II. Für § 123 abweichend v. Blume und Kohler; gegen sie spricht, daß § 123 nicht Straf- sondern Schutzvorschrift.

2. Untersuchung nur über die Bedeutung der Erwähnung der Widerrechtlichkeit im BGB. §§ 227, 228, 229 auszuscheiden, da hier Ausnahmen von Widerrechtlichkeit gemacht werden. §§ 530 II, 827, 831 I, 832 I, 1335, 2078 II, 2339 im engen rechtlichen Zusammenhang mit §§ 123, 823 I BGB, welche daher in den Vordergrund der Betrachtung zu rücken. Diese unabhängig von strafrechtlichen Untersuchungen. Zwar gleicher WR.-Begriff für Straf- und Zivilrecht, doch Untersuchung der Verwendung der WR. im Gesetz getrennt nötig.

c) Die Erwähnung der WR. im BGB. macht sie zum Tatbestandsmerkmal.

1. Erforderlich zunächst Klärung des Begriffs des Tatbestandes. Zivilrechtlicher Begriff von üblichen strafrechtlichen Einteilungen zu scheiden. Tatbestand im bürg.-rechtl. Sinn ist die Gesamtheit der Anspruchsvoraussetzungen. Tatbestand daher gleich Klagegrund zu setzen. Jedes Tatbestandsmerkmal ist ein Teil des Klagegrundes. Gleichgültig, ob vom Gesetz für den Einzelanspruch besonders erwähnt. Prüfungsmaßstab allein, ob seine — selbst ausnahmsweise — Nichtverwirklichung einen Entstehungsmangel für den Anspruch bildet. Umgekehrt, wenn erwähnt, notwendigerweise Teil des Tatbestandes. A. A. Fischer. Dieser erblickt in WR. nur Werturteil des Gesetzes. §§ 227 ff., 858 I sprechen nicht für ihn, da hier Ausnahmen, Gleichungen, insoweit also Werturteil. Fischer selbst nicht folgerichtig gegenüber §§ 227 II, 831, 832. Gegen ihn Wortlaut von § 2339. Ansprüche aus §§ 123, 823 I, 1632 entstehen nicht auf Grund Regelfalls, sondern auf Grund zutreffenden Einzelfalls.

2. a') Für Eigenschaft der WR. als Tatbestandsmerkmal spricht: Wortlaut des Gesetzes; Schluß aus Wirkung der Ausnahmebestimmungen der §§ 227 ff.; Aufnahme der WR. in Tatbestand der „verbotenen Eigenmacht“ durch § 858; endlich Fassung des § 231. Zwitterbegriff der „anspruchshindernden Tatsache“ rechtlich unmöglich. Logisch entweder Umstand, der Entstehung des Anspruchs hindert; dann Leugnen des Klagegrundes; oder Umstand, der zeitweise die Geltendmachung des Anspruchs hindert, dann Einrede. Ursache für abweichende Ansicht der h. M. ist, daß Prüfung praktisch nicht auf Vorliegen der WR. geht, sondern auf ausnahmsweises Vorliegen eines Rechts zur Handlung. Doch logisch kein Unterschied. Das Urteil: ein Anspruch ist nicht vorhanden, wenn die Handlung nicht rechtswidrig ist, ist logisch gleichbedeutend mit dem Urteil: ein Anspruch ist nur vorhanden, wenn die Handlung rechtswidrig ist. Die innere Ursache für die Ausdrucksweise des BGB. liegt in der Unmöglichkeit, das Tatbestandsmerkmal der WR. für Unrechts-Handlungen ähnlich wie das Tatbestandsmerkmal der Geschäftsfähigkeit für rechtsgeschäftliche Handlungen allgemein vorwegnehmen zu können. Die WR. muß daher dort, wo sie Anspruchsvoraussetzung ist, jeweils besonders erwähnt werden. Dies

nötig nur da, wo die Handlung infolge Berechtigung im Einzelfalle auch gestattet sein könnte. WR. also nur da erwähnt, wo Ausnahmefälle möglich. Umgekehrt nur da Ausnahmefälle möglich, wo WR. erwähnt. Dies wichtig z. B. für §§ 823 II, 826. Da man auch hier den Tatbestand „rechtswidrig" nennen wird, praktisch zu unterscheiden zwischen RW. in engerem Sinne (= die im BGB. ausdrücklich erwähnten Fälle der RW.) und RW. in weiterem Sinne (= Moralwidrigkeit, Pflichtwidrigkeit, Ordnungswidrigkeit usw.); letztere in der Tat nur Werturteil. Im Schrifttum beide Begriffe durcheinander gebraucht.

b') Uebrige Deutungen:

aa) Die Erwähnung der WR. verlange das Hinzukommen eines besonderen, aus sonstigen gesetzlichen Bestimmungen zu entnehmenden Umstandes; jedoch wäre dann die Erwähnung der Lebensgüter in § 823 I gegenüber § 823 II überflüssig.

bb) Die Bedeutung der WR. erschöpfe sich in dem Hinweise, daß Ausnahmefälle möglich seien (Planck-Endemann); bessere Ausdrucksweise daher durch Nachsatz („es sei denn, daß ..."). Diese Ansicht unzulänglich; sie übersieht, daß die Anspruchswirkung nicht an eine „an sich" vorhandene RW. geknüpft wird. Schließt die Nicht-RW. des Tatbestands diesen aus, so liegt hierin, daß die RW. zum Tatbestand gehört. Die Ansicht scheitert gegenüber §§ 1335, 2078, da hier Ausnahmefälle nicht offensichtlich. Sie erklärt hier Erwähnung der Widerrechtlichkeit als überflüssig (so auch h. M.); doch auch hier Ausnahmefälle denkbar; keine Handlung, die unter allen Umständen rechtswidrig.

cc) Erwähnung der WR. sei überflüssig (Kipp-Linckelmann, insbes. für § 823 I). Die „Rechtsverletzung" schließe die WR. schon in sich. Doch Rechtsverletzung kein rechtstechnischer Begriff des BGB. Verletzung vielmehr gleich „Eingriff" (Schulz). Daher rechtswidrige und rechtmäßige Rechtsverletzung denkbar.

dd) WR. sei eine besondere Qualifikation der Handlung (Enneccerus für § 123). Dies richtig, soweit hierin Betonung der Notwendigkeit liegt, das Vorliegen der Qualifikation auch im Einzelfalle zu prüfen. Doch notwendig: allgemeingleiche

Regelung. Auch im § 823 I, § 1632 BGB. also insoweit Tatbestandsmerkmal. Zusammenhang von § 123 und § 823 I durch „Freiheit" (so Planck; a. A. Enneccerus).

d) Hiernach auch im § 1632 BGB. als Tatbestandsmerkmal anzusehen. Zusammenhang mit § 823 I insofern, als Sorgerecht gleich Recht im Sinne von § 823 I.

B) Rechtliche Natur des Anspruchs aus § 1632 im Vergleich zum Anspruch aus § 985.

I. Voraussetzungen Sorgerecht-Eigentum entsprechen einander. Entscheidung über Anspruch aus § 1632 nicht gleichzeitig rechtskräftige Entscheidung über Bestehen des Sorgerechts.

II. Wesentlicher Unterschied zwischen Vorenthaltung und Besitz. Anspruch aus § 985 infolge bloßen Auseinanderfallens von Eigentum und Besitz. Für den Begriff der Vorenthaltung muß zur bloßen Obhutsgewalt eine widerstreitende Tätigkeit hinzugekommen sein. Entsprechende Anwendung der Klage gegen mittelbaren Besitzer auf Klage gegen mittelbaren Obhutinhaber abzulehnen. Doch nicht nötig, daß Beklagter das Kind bei sich hat (a. A. Spahn). Vorenthaltung z. B. durch Vermittlung einer Pensionsanstalt möglich (so Kipp).

III. Hauptunterschied darin, daß zur Entstehung des Anspruchs aus § 1632 Widerrechtlichkeit nötig. Anspruch aus § 985 auch gegen berechtigten Besitzer; dieser hat nur Einrede (§ 986 I). Berufung auf ein Recht zum Vorenthalten dagegen Leugnen des Klagegrundes. Unterschied fällt weg für die Ansicht, die im § 986 I ein Leugnen des Klagegrundes sieht (Siber, Scherk, jetzt auch Wolff). Diese Lehre glaubt drei Unstimmigkeiten des Gesetzes beseitigen zu müssen. 1. Fassung von § 986 I und § 1004 II. Jedoch auch in § 1004 II Einrede. Wortfassung dort mit Rücksicht auf die Fälle gesetzlicher Einschränkung des Eigentums. 2. Fassung des § 1007 II 1. Jedoch auch hier Einrede. Wortfassung ungenau, nicht ausschlaggebend. 3. Bestimmung des § 986 I, 2. Diese enthält jedoch nicht Einschränkung des § 985 (so Scherk), vielmehr Erweiterung gegenüber § 986 I, 1. § 986 I, 2 als Replik aufzufassen (so Brodmann). Bekämpfte Ansicht scheitert gegenüber § 931. Hier Fälle möglich, wo nur dinglicher Herausgabeanspruch in Frage kommen kann. Ersatz dieses durch Einigung, daß Eigentum „ohne weiteres" übergehen sollte, und Angabe, wo sich die Sache befindet, nicht möglich.

IV. Entsprechend geschichtlicher Entwicklung „Herausgabe" des § 1632 mit Herausgabe des § 985 nicht gleich zu setzen. Daher keine Zuführungspflicht (a. A. Kohler). Jedoch außer

„Nichtmehrvorenthalten" Beseitigung selbst herbeigeführter Schwierigkeiten erforderlich.

C) Der Aufbau des § 1632 bedingt die Regelung der Beweislast. Diese trifft den Kläger für alle 3 Anspruchsvoraussetzungen. A. A. h. M. hinsichtlich WR. Irrtum der h. M. infolge Verkennung des Wesens der Beweislast. Diese beruht allein in der materiellen Folge, daß im Falle der Unaufgeklärtheit Kläger abgewiesen wird, wenn es sich um eine Anspruchsvoraussetzung handelt, daß Beklagter abgewiesen wird, wenn es sich um einen nachträglichen Anspruchsvernichtungsgrund handelt (so F. Leonhard). H. M. verwechselt Beweis*last* und Beweis*führung*. Pflicht zur Tätigkeit in der Beweisführung braucht mit der Beweislast nicht zusammenzufallen. Letztere kann durch Vermutung oder Erfahrungsregel erleichtert werden. So im Falle der WR. Die Eigenschaft der WR. als Anspruchsvoraussetzung legt dem Kläger die Beweislast für ihr Vorhandensein auf. Im Zweifelsfalle daher WR. zu verneinen (so auch Nagler).

III. Teil.

A) Die Berufung auf einen Erziehungsvertrag schließt die WR. der Vorenthaltung nicht aus.

I. Begründung verschieden; je nach dem, ob der Vertrag die Uebertragung des Sorgerechts selbst bezweckt oder nur die Ueberlassung seiner Ausübung zum Ziel hat.

II. Der Vertrag über die Substanz des Sorgerechts ist nichtig. Grund hierfür nicht aus dem Wortlaut des Gesetzes zu entnehmen, auch nicht aus geschichtlicher Entwicklung, da auch im gemeinen Recht Gültigkeit umstritten. Entscheidung aus dem Sinn des Gesetzes. Nichtigkeit jedoch nicht schlechthin gemäß § 134, da Sorgerecht mit Sorgepflicht verbunden sei, auf Pflichten aber nicht verzichtet werden könne (so RG.). Diese Entscheidung unvollständig, da Fall denkbar, daß nur auf Rechte verzichtet werden solle. Nichtigkeit auch nicht gemäß § 138 (so André, Engelmann), da Fälle denkbar, in denen eine Unsittlichkeit nicht vorliegt. Nichtigkeit vielmehr auf Grund § 306 BGB. infolge rechtlicher Unmöglichkeit. Diese beruht auf öffentlich-rechtlicher Bedeutung der elterlichen Gewalt — „Elternamt" (v. Blume, Gimmerthal). Diesem Amt kann man sich durch freiwillige Uebertragung nicht entziehen. Für Unverzichtbarkeit spricht auch Gesetzesentstehung. A. A. hauptsächlich Knitschky; doch greifen dessen Gegengründe (Möglichkeit der Ankindung, der Volljährigkeitserklärung, gleich starkes Recht beider Eltern) nicht durch.

III. Der Vertrag über die Ausübung des Sorgerechts ist gültig, soweit er dieses nicht beeinträchtigt. Deshalb keine Möglichkeit, das Rückforderungsrecht des Berechtigten auszuschließen. Auch Erschwerung des Rückforderungsrechts unzulässig. A. A. André für kurzfristige Verträge; doch auch „beschränkte Bindung" des Mannes unmöglich. Grenze allein in § 226. Die bevorzugte Stellung des Sorgeinhabers bedingt jedoch nicht die Nichtigkeit des Vertrages. Auch Verlöbnisvertrag seinem Hauptinhalt nach nicht einklagbar. Lehrverträge nicht Sonderverträge, sondern Untergruppe der Erziehungsverträge. Diese zu scheiden in „Belehrungsverträge" — von ihnen Lehrverträge als besonders wichtig vom Gesetz aufgegriffen — und „Pflegeverträge". Vertragsgegner nur Gehilfe des Vaters, also nur als solcher zu berücksichtigen. Einräumung jederzeitigen Rückforderungsrechts auch in § 604 III für Verleiher, in § 695 für Hinterleger. Vertragsgegner auch nicht rechtlos, da Nebenabmachungen, Schadensersatzanspruch möglich und gültig.

B) Eingriff des Vormundschaftsrichters.

I. Er ist bindend, soweit er sich auf § 1666 BGB. stützt, schließt daher die Widerrechtlichkeit aus. Keine Ueberprüfung durch den Prozeßrichter. Auch eine vorläufige Entscheidung ist maßgebend, sofern innerhalb eines Hauptverfahrens auf Grund des § 1666 getroffen. Möglichkeit von Beschwerderechten der Beteiligten für den Prozeßrichter unbeachtlich; daher auch keine Aussetzung des Verfahrens auf Grund des § 148 ZPO.

II. Ein sich allgemein auf Zweckmäßigkeitserwägungen stützender Eingriff des Vormundschaftsgerichts hingegen schließt die Widerrechtlichkeit nicht aus. Für Erweiterung der Machtbefugnisse des Vormundschaftsrichters hauptsächlich Landsberg. Diese Ansicht jedoch irrig, da nach geltendem Recht Vormundschaftsgericht dem Vater gegenüber nur Ausnahmegericht. Ein Eingriff, der sich nicht auf das Gesetz stützt, bedeutet somit Ausübung einer Staatsbefugnis, die der Staat sich selbst nicht zulegt. Eine solche Verfügung ist nichtig; sie bindet den Prozeßrichter nicht.

R. Friedrich's Universitäts-Buchdruckerei (Inhaber Karl Gleiser) Marburg (Lahn).